

LA CIRCUNSTANCIA ATENUANTE DE LA IRREPROCHABLE CONDUCTA ANTERIOR

Raul Carnevali Rodríguez

Profesor Auxiliar de Derecho Penal

Universidad Gabriela Mistral

No pocos problemas de interpretación, ha causado la atenuante que se analiza. Esta se encuentra consagrada en nuestra legislación en el artículo 11 N° 6 del Código Penal, y es de aquellas que en doctrina se agrupan dentro de las circunstancias que se refieren a la personalidad del delincuente, al igual que la establecida en el artículo 72 inciso 1° del Código Punitivo, pero, respecto de esta última, debemos señalar que se relaciona sólo a la edad, además de tratarse de una atenuante privilegiada, pues no se rige conforme a las normas generales de los artículos 63 a 69 del Código Penal.

Estas aminorantes, así como también, las otras señaladas en el art.11 del Código Penal, tienen un carácter genérico, esto es, son aplicables, por regla general, a todo delito.

Las discusiones que ha suscitado la atenuante en comento, se deben principalmente a que ésta no se encontraba en el Código Penal Español de 1848 ni de 1850, que constituye nuestro modelo, sino que tomada del Código Penal Austríaco. Para algunos autores, la introducción de esta aminorante a nuestra legislación constituye la intromisión de elementos extraños que alteran el espíritu del Código, pues se consideran, para los efectos de la graduación de la pena, elementos anteriores y extraños al delito, esto es, en un Derecho Penal de acto, se estiman factores que dicen relación a la personalidad del autor, por completo ajenos a su actividad criminal (1).

(1) De Rivacoba, Manuel, "Código Penal de la República de Chile y las Actas de las Sesiones de la Comisión Redactora del Código Penal Chileno", pág. XXX, Edeval, Valparaíso, 1974.

Para una mejor comprensión del tema que estamos tratando, nos referiremos brevemente a la génesis histórica de esta atenuante.

1.- ANTECEDENTES HISTORICOS.

Nuestra Comisión Redactora, en su Sesión Octava, celebrada el 17 de Marzo de 1870, aceptó en forma unánime, a proposición del señor Reyes, incorporar otras circunstancias atenuantes establecidas en el Código Penal Austríaco, aprobándose, de este modo, la señalada en el artículo 39 N° 2 del Código Austríaco de 1803.

Es interesante señalar en este punto, que nuestra Comisión sólo manejaba el Código Austríaco de 1803 y no el de 1852. Aunque existen antecedentes serios, que señalan que en realidad la Comisión se guió por los comentarios del jurista español Joaquín Pacheco, quien al momento de sus escritos sólo podía citar el Código de 1803.

Pacheco en su obra, al referirse al art.39 N° 2 del Código Penal de Austria, se hace cargo de un comentario, al parecer, emanado de la Junta del Colegio de Abogados, el cual estaría de acuerdo en considerar como atenuante la "irreprehensible conducta anterior del procesado". Opinión ésta que habría concitado el acuerdo de Pacheco (2).

Cabe destacar que no existen mayores antecedentes en los actos de la Comisión, que permitan entender cabalmente los argumentos que se tuvieron para incorporar la atenuante en cuestión, al parecer fue la opinión de Pacheco la determinante al respecto.

Dicha circunstancia no fue considerada posteriormente por la legislación española, como incluso acontece hoy en día.

Es importante considerar en todo caso, que el Código Penal Español de 1822 sí estimaba como atenuante la conducta anterior, al señalar lo siguiente: "El ser el primer delito y haber sido constantemente buena la conducta anterior del delincuente o de haber hecho éste servicios importantes al Estado".

2.- LEGISLACION COMPARADA.

A) España.

Imposible resulta no referirse a la legislación penal española dada la influencia indiscutible que ha tenido en la nuestra.

(2) Etcheberry, Alfredo, Derecho Penal, Tomo II, Edit. G. Mistral, 1976, pág.19.

Cabe señalar, que no se contempla ninguna disposición que haga referencia a la conducta previa del delincuente. En efecto, el art.9 del Código Penal, dispone acerca de las circunstancias que aminoran la responsabilidad penal, entre las cuales no se halla la que estamos analizando. *Ahora bien, podría estimarse comprendida dentro de la establecida en el N° 10, a saber: "Cualquiera otra circunstancia de análoga significación que las anteriores".*

Respecto a lo recién expuesto, tanto la doctrina como la jurisprudencia, *no aceptan la conducta anteriormente irreprochable como una atenuante ni la estima comprendida dentro la circunstancia N° 10, dado que no puede estimarse de análoga significación con las otras circunstancias establecidas. Además, las atenuantes dicen propiamente relación con el hecho delictivo, situación que no acontece en la atenuante en cuestión, la cual tiene directa vinculación con la personalidad del agente.*

B) Alemania.

En el Código Penal Alemán no se encuentran disposiciones que enumeren circunstancias modificatorias de responsabilidad, sólo se refiere la ley a acontecimientos de hecho relativos a las cualidades o relaciones personales del delincuente, a través de los cuales se puede aumentar o disminuir la pena aplicable. Estas circunstancias se hallan principalmente en la parte especial.

C) Argentina.

Se utiliza un criterio más bien amplio, en que la ley establece una serie de antecedentes, condiciones personales y circunstancias que el juez debe estimar para agravar o atenuar la pena, no encontrándose normas que digan relación con la aminorante que nos preocupa.

D) Otras legislaciones.

En todo caso, existen ordenamientos que si la disponen como acontece con los de Uruguay, El Salvador, Costa Rica.

Es importante destacar que la tendencia legislativa moderna en lo relativo a las circunstancias modificatorias de responsabilidad, es establecer fórmulas amplias que permitan al juzgador verificar si determinados hechos pueden influir en el establecimiento definitivo de la pena, considerando especialmente los motivos y la personalidad del delincuente.

Prueba de lo anterior lo constituye el art.73 del Código Penal Tipo para Latinoamérica:

"CAPITULO III INDIVIDUALIZACION JUDICIAL DE LA PENA.

Artículo 73.- El Juez fijará la pena dentro de los límites señalados para cada delito, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, en cuanto la ley no las considere específicamente como constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.

- 1°.- Los aspectos objetivos y subjetivos del hecho punible.
- 2°.- La importancia de la lesión o del peligro.
- 3°.- Las circunstancias de modo, tiempo y lugar.
- 4°.- La calidad de los motivos determinantes.
- 5°.- Las demás condiciones personales del sujeto activo o de la víctima en la medida en que hayan influido en la comisión del delito.
- 6°.- La conducta posterior al delito".

3.- EXAMEN DE LA NORMA ESTABLECIDA EN EL ART.11 N° 6 DEL CODIGO PENAL.

A) Naturaleza Jurídica.

Antes de entrar al fondo, interesante sería conocer cual es la naturaleza jurídica de la atenuante, esto es, si su consideración obedece a razones político-criminales o si efectivamente altera alguno de los elementos propios del delito.

Primeramente detengámonos a precisar si la atenuante que se examina afecta algunos de los elementos del delito.

Por cierto, esta circunstancia no altera en lo absoluto lo que dice relación a la tipicidad y a la antijuridicidad. Ahora bien, en lo que respecta a la culpabilidad, valdría la pena detenerse.

Como bien lo expone el profesor Cury (3) la culpabilidad es la reprochabilidad del hecho típico y antijurídico, fundada en que su autor lo ejecutó, no obstante que en la situación concreta podría someterse a los mandatos y prohibiciones del Derecho. Supone la capacidad de motivarse por la norma. Quien realizó una acción típica y antijurídica será culpable, si podía actuar de conformidad con la norma, esto es, si podía obrar de otra manera.

(3) Cury, Enrique, Derecho Penal, Tomo II, Edit.Jurídica, 1985, pág.1.

Como el objetivo de este artículo no es detenerse a analizar la problemática que suscita la culpabilidad, entraremos de lleno al punto que nos motiva, esto es, si la conducta anterior irreprochable podemos estimarla como causal de disminución del juicio de reproche.

Para Enrique Cury (4) la atenuante se apoya en la concurrencia de un indicio de exigibilidad disminuida; si la conducta anterior del sujeto ha sido intachable, existen antecedentes para pensar que si ha cometido un hecho delictivo, esto se debió, a la concurrencia de circunstancias extraordinarias que afectaron su capacidad de auto determinación. Quien se ha conducido conforme a las normas que impone el Derecho, cabe suponer que esta alteración en su conducta se debió a una situación extraordinaria.

El profesor Novoa (5) considera el argumento anterior, pero lo toma en otro sentido al expresar: "que a un individuo que en todo momento ha podido observar una conducta intachable -en la cual habrán influido, de seguro, circunstancias muy favorables de ambiente y de cultura- se la puede exigir, con mayor vigor si cabe, que se mantenga en el mismo plano y que no decida entrar en el campo de la transgresión jurídica". La contradicción que emana de lo recién expuesto, y como lo señala el señor Cury (6) es que está gravando el buen carácter.

Por último, concluye Cury que presunción de exigibilidad disminuida sería el sentido de la norma establecida en el art.73 N° 5 del Código Penal Tipo para Latinoamérica, lo que como ya se expuso, establece que el juez para fijar la pena debe considerar en otros aspectos, "las demás condiciones personales del sujeto activo de la víctima en la medida que hayan influido en la comisión del delito".

Refirámonos a continuación, antes de emitir una conclusión a si la atenuante se ha establecido en realidad, por razones de política criminal.

El profesor Cousiño (7) señala que ésta consiste en el arte de legislar y comprender la crítica y la reforma de la ley vigente así como la iniciativa para la creación de nuevas instituciones. Se funda en un estado ideal de derecho y, tras esa guía, propende el mejoramiento de los sistemas penales y a la adecuación de las sanciones y medidas de seguridad.

(4) Cury, E., op.cit., pág.120.

(5) Novoa M. Eduardo, *Curso de Derecho Penal Chileno*, Tomo II, Edit.Juríd. Ediar Conosur, 1985, pág.32.

(6) Cury E., op., pág.121.

(7) Cousiño, Luis, *Derecho Penal Chileno*, Tomo I, Edit.Juríd., 1975, pág.22.

Al respecto Eduardo Novoa (8) nos advierte que jamás deben confundirse las circunstancias modificatorias de un delito con sus elementos constitutivos. Los primeros son sólo meros accidentes que se vinculan al hecho o al delincuente, en cambio éstos últimos son requisitos de la esencia del delito, que en ningún caso se alteran por la concurrencia de aquellos.

Posteriormente Novoa (9) agrega "mucho menos puede afirmarse que las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal denoten simplemente una discriminación de culpabilidad (cuarto elemento del delito) o importen una mera reducción del juicio de reproche que tal elemento envuelve. Porque aún entre las atenuantes puramente subjetivas hay muchas que consisten en hechos anteriores o posteriores al momento de comisión del delito y bien sabemos ya que el juicio valorativo de la reprochabilidad de la conducta concierne al instante mismo en que ésta se lleva a cabo".

Concluye este destacado autor, que al legislador, en esta materia, lo motivaron criterios exclusivamente pragmáticos.

Vemos pues, que las tesis sustentadas por estos dos autores, aparecen como inconciliables. Como primera conclusión y sin que ello signifique abanderarnos con alguna posición, pues no hemos analizado aún los elementos que conforman la norma, no podemos dejar de señalar que *la aminorante, más bien tendría un basamento político-criminal. En efecto, no podemos desconocer que se trata de una circunstancia que es del todo ajena a la comisión del delito, pues estamos considerando una conducta que tiene lugar con anterioridad a la realización del hecho punible.*

El profesor Cury señala que habría una presunción de exigibilidad disminuida. La verdad es que su posición nos parece forzada, al pretender reconocer en ella una naturaleza que no tiene. Por cierto resulta difícil de asemejar o estimar que responden al mismo carácter, la atenuante que se analiza con la establecida en el N° 5 del art.11 del Código Penal. Esta última, que forma parte de las llamadas atenuantes pasionales, si podemos considerarla como un caso de imputabilidad disminuida y así lo reconoce el propio Cury (10), pues al agente claramente le resulta muy difícil autodeterminarse conforme a las reglas del derecho, su capacidad se halla reducida. En cambio, la atenuante del artículo 11 N° 6 del Código Penal no responde a los mismos principios.

(8) Novoa, E., op.cit. pág.4

(9) Novoa E., op.cit., pág.8

(10) Cury E., op.cit.Pág.118. Quizás también sea ese el sentido del art.454 inc.1 del Código Penal.

Ahora bien, tampoco resulta fácil señalar que su establecimiento se debió exclusivamente a razones político-criminales, dado que las actas de la comisión redactora en este punto resultan bastante escasas, y además se trata de una circunstancia extraña, que como ya se dijo no responde al espíritu del Código. Probablemente, el legislador tuvo en consideración que quien ha observado en todo momento una conducta respetuosa de las reglas ético-sociales, de las disposiciones legales, merece se le aplique una pena menor, en el sentido de que, si cometió un delito, constituye una situación excepcional e irrepetible, no debiendo recibir el mismo trato de quien ha reincidido o hace del delito una conducta habitual.

B.- Análisis dogmático de la atenuante.

Necesario es conocer cuál es el sentido y alcance que le da la dogmática penal a la disposición en comento. Para ello será fundamental detenernos a examinar el significado de las expresiones que utiliza la ley.

El Código Punitivo señala en su art.11 N° 6 que será circunstancia atenuante "si la conducta anterior del delincuente ha sido irreprochable".

Por conducta, como señala Novoa (11), debe entenderse la manera permanente de comportarse o de dirigir la vida. No en ésta tomada en relación a la actitud corporal en un momento determinado.

En relación a la expresión "anterior" que ocupa la ley, tampoco se precisa como debe entenderse. Etcheberry (12) sostiene que en principio sería comprensiva de toda la vida del hechor previa al delito; aún cuando, *cabría discutirse si es posible rechazar la atenuante, tratándose de comportamientos viciosos en épocas juveniles, los que se han enmendado por largos años.* Cury (13) es del mismo parecer.

Por su parte Novoa (14) quien es de un criterio más estricto, afirma que la ley no fija una duración mínima o un plazo determinado, debe entenderse que la conducta irreprochable debe haber existido durante toda la vida anterior del sujeto activo.

Para Jorge Varela (15) el criterio que debe seguirse en este punto, es el de aplicar los plazos de la prescripción de la pena penal, dado el carácter de principio informador que para el derecho tiene esta institución.

(11) Novoa E., op.cit., pág.29.

(12) Etcheberry A., op.cit., pág.20.

(13) Cury E., op.cit., pág. 123.

(14) Novoa E., op.cit., pág. 30.

(15) Varela del Solar, Jorge, De la irreprochable conducta anterior, Edit.Juríd. Conosur, 1989, pág.102.

Sostiene que no es posible establecer plazos que duren toda la vida y menos aun en el ordenamiento penal, donde están en juego valores como la vida y la libertad. A lo anterior debe unirse el principio in dubio pro reo, que es uno de los pilares del proceso penal.

Nos parece interesante y novedosa la tesis sustentada por este autor, pero creemos que se aleja del sentido y alcance que tiene la norma, pues si puede ser óbice para su configuración, como se expondrá, el haber tenido un comportamiento sólo reñido con las reglas ético-sociales, con mayor razón debiera estimarse como impedimento, la circunstancia de haber recibido un reproche penal, aún cuando hayan transcurrido largamente los plazos de la prescripción.

Huelga decir que la correcta interpretación de la voz "irreprochable" será la que dará el verdadero alcance y sentido a la norma. La ley nada ha dicho, por lo tanto imposible resulta no referirse en primer lugar a la definición que da la Real Academia Española de la Lengua. En su diccionario señala que se entiende por irreprochable, aquello que no puede ser reprochado. En tanto, reprochar lo concibe como reconvenir, echar en cara.

Por su parte Cabanellas (16) define irreprochable como aquello que no puede ser objeto de reproche, recriminación o cargo.

Para Etcheberry (17) dado que la ley nada ha señalado como debe entenderse la conducta "irreprochable", ésta la debemos concebir en la práctica, en un aspecto negativo; no haber sido condenado con anterioridad. En relación al aspecto positivo, la expresión en cuestión, parece entenderse al campo de la moral y de las buenas costumbres, pero ello sólo en un aspecto social, sin inmiscuirse en el ámbito de la moralidad privada.

Para Novoa (18) que sea irreprochable la conducta, significa que no puede encontrarse en ella nada reprehensible, tanto desde el punto de vista jurídico, como moral. Nótese la diferencia con el criterio del profesor Etcheberry, los que serán abordados con mayor profundidad más adelante.

Por último, el profesor Cury (19) señala, que lo que la ley quiere significar, es que la conducta anterior esté exenta de tacha. Constituye un requisito negativo, esto es, no es necesario acreditar que se ha llevado una vida

(16) Cabanellas, Guillermo, Diccionario de Derecho Usual, Tomo III, Editorial Heliasta, 1976, pág.435.

(17) Etcheberry A., op.cit., pág.20.

(18) Novoa E., op.cit.pág.29.

(19) Cury E., op.cit., pág.122.

virtuosa, pues ello implica una actitud positiva dirigida al bien. Basta con establecer que el agente se abstuvo de obrar mal.

De lo anterior se desprende que para realizar el examen a la disposición y cual es su alcance, debemos distinguir para ello, dos ámbitos. Uno dice relación con el legal y el otro se refiere al campo moral.

En lo que respecta al ámbito de orden legal, existe un cierto acuerdo en la doctrina que quien pretenda beneficiarse con la atenuante no debe haber sido condenado por sentencia judicial. Ahora bien, no merece dudas tratándose de delitos que ameritan un reproche ético-social grave, pero sí cabe cuestionarse respecto de ilícitos penales que no conllevan una mayor censura; como acontece con las faltas, los cuasidelitos, la ebriedad, algunos delitos contra la moral sexual (Sodomía Consentida), etc.

En este punto Etcheberry (20) sin entrar a analizarlo profundamente, sostiene que es necesario determinar hasta qué punto puede impedir la configuración de la atenuante una condena por delitos que no envuelven, una gran reprobación ética. Por último, afirma este autor que el texto legal es muy escueto, dando lugar a un gran margen de arbitrio judicial.

Para Cury (21) aquellos hechos punibles de poca importancia, como las faltas, o los que no merecen una reprobación ético-social intensa, como son los cuasidelitos, delitos políticos, etc., no deberían tomarse en cuenta, salvo en el caso que revelaren respecto del sujeto, una concreta inclinación antisocial.

Novoa (22) disiente de la opinión de estos juristas, y su tesis, que se enmarca dentro de las que en doctrina se denominan de exigencia máxima, se afirma en que el significado de la conducta irreprochable, indica que no puede encontrarse en ella mácula alguna. Debe carecer de toda reprensión, tanto desde el punto de vista jurídico como moral.

Por de pronto, cabe señalar que la posición que adopta el profesor Novoa es del todo estricta, pues implica interferir en el orden ético privado de las personas, esto es, ampliar el campo del derecho penal al extremo de inmiscuirse en ámbitos íntimos de las personas, que no tienen trascendencia social.

(20) Etcheberry A., op.cit., pág.20.

(21) Cury E., op.cit.pág.122.

(22) Novoa E., op.cit., pág.30.

Ahora bien, como ya señalamos, también se plantean interrogantes, para la procedencia de la atenuante, en aquellos casos en que si bien no ha habido respecto del sujeto, un reproche en el ámbito jurídico, si puede existir en el orden ético social,. Es el caso, por ejemplo, de quien continuamente se embriaga o vive en concubinato. Demás está señalar, lo difícil que resulta emitir una opinión, cuando lo que aquí se está juzgando son actividades que afectan el ámbito moral.

Novoa (23) como ya lo señalamos, estima imposible no considerar estos factores. Para este autor, no es posible invocar la aminorante para quien acostumbra embriagarse, como así también, comete el delito estando en ese estado voluntariamente. También son impedimentos el estado de concubinato o las relaciones adúlteras y cierta clase de actividades moralmente desdorasas, como la de regir una casa de tolerancia. Continúa Novoa señalando que para la apreciación de la atenuante, deben considerarse factores como el ambiente y grados culturales. Conforme con lo anterior, no es posible exigir de la misma forma a quien se desenvuelve en un medio social favorable y es un individuo culto, que quien vive en la miseria y con una educación mínima. Respecto de este último su situación debe ser apreciada con mayor indulgencia.

Cury (24) afirma que no deben tomarse en cuenta infracciones morales sin proyección sobre la convivencia, como ser lector habitual de literatura pornográfica o amar a sus hermanos. Respecto a la ebriedad, sostiene que es preciso hacer una precisión más fina. Así quien se embriaga en la intimidad sin afectar al grupo social con consecuencias indeseables, no debe ser reprochando, al igual que el consumidor de drogas. Su posición se encuadra dentro de la exigencia mínima.

Nuestra posición, al igual que la sostenida por Jorge Varela (25), más bien constituye una postura intermedia entre la expresada por Cury y Novoa. La atenuante obviamente exige algo más que una simple omisión delictual, así como también la aminorante no establece que el sujeto haya observado durante toda su vida una conducta virtuosa que asemeje a un santo.

En efecto, indudablemente la tesis de Cury nos parece hasta cierto grado permisiva, pues basta establecer que el sujeto se ha abstenido de obrar mal, lo que se traduce en la práctica, a entender satisfechas las exigencias de la atenuante, con el sólo mérito de un prontuario penal que refleje la no comisión de delitos. Cabe señalar en todo caso, y como veremos, que esta es la posición actual de la jurisprudencia.

23) Novoa E., op.cit., pág.30.

24) Cury E., op.cit., pág.122.

25) Varela J., op.cit., op.87.

Tal como señala Varela (26), si ese fuese el criterio del legislador, así debió haberlo expresado, estableciendo como atenuante, "la conducta anterior al delito actualmente juzgado, exenta de crímenes, simples delitos y faltas".

La aminorante, correctamente interpretada, nos exige que el sujeto haya observado un comportamiento ejemplar en el ámbito jurídico, así como también en el social. Es en relación a este último punto, donde nos distanciamos del sostenido por Novoa, el que se caracteriza por ser de exigencia máxima. En efecto, tal como se expuso, Novoa señala que no basta un comportamiento bueno, es necesario, pues la ley así lo exige que no recaiga mácula alguna. Lo anterior implica, requerir del sujeto un comportamiento virtuoso, que sólo haya hecho el bien en su vida, mediante obras que así lo reflejen. Nos parece que tampoco ese es el sentido de la ley, pues ésta no exige que el individuo realice actividades heroicas o de santo; esto es, que para configurar la atenuante, el sujeto debe haber efectuado obras que evidencien un actuar piadoso.

Lo anterior, por lo tanto, nos lleva a señalar que lo que se exige del individuo es una conducta anterior íntegra en el ámbito social, no basta sólo evitar el mal, se requiere al menos, haber procurado hacer el bien. Así por ejemplo, aquel sujeto que se embriaga en público continuamente, o quien conocidamente mantiene una casa de tolerancia, no puede sostenerse que tiene una conducta anterior intachable. Ahora bien, quien se embriaga en privado, sin que ello implique en modo alguno, afectar las relaciones sociales, no impediría en principio otorgar la atenuante. No debemos olvidar que no es tarea del Derecho intervenir en el ámbito de la moral privada, en tanto cuanto no afecte las relaciones sociales, esto es, en la medida que la actividad que desarrolla el sujeto se enmarca dentro su esfera íntima, y no afecta a otros dentro de las reglas de la convivencia social, el Derecho tiene las puertas cerradas.

Por último, y dadas las características especiales que tiene esta atenuante no podemos dejar de señalar tal como indica Novoa, que para su apreciación deben considerarse factores culturales, socio-económicos, y educacionales.

4.- JURISPRUDENCIA NACIONAL.

Actualmente la tendencia casi unánime de nuestros tribunales es admitir la atenuante, cuando el prontuario o extracto de filiación criminal carece de anotaciones, habiéndose además rendido la información sumaria de testigos que establece el art.67 inciso 2° N°3 del Código de Procedimiento Penal.

(26) Varela J., *op.cit.*, pág.88.

De acuerdo a lo expuesto al analizar dogmáticamente la norma, nos parece que la posición adoptada hoy en día por los tribunales, que es de exigencia mínima refleja la falta de una interpretación profunda de la norma, lo que lógicamente no deja de ser preocupante.

Difícilmente es dable pensar que el Juez observe la misma prodigalidad, tratándose de otras atenuantes, respecto de las cuales si pueden apreciarse mayores exigencias para su otorgamiento (27). No se ve entonces por qué, respecto de la aminorante en comento se advierte una postura tan conformista.

El juzgador se siente plenamente satisfecho con un prontuario sin anotaciones y con la información de testigos que muchas veces son amigos del inculcado y obviamente exaltarán sus cualidades morales. Demás está decir que el Juez difícilmente verificará lo señalado por estos testigos, dándole el carácter de plena prueba.

Interesante resulta citar en este punto, las sensatas palabras de Novoa (28): "La forma como nuestros tribunales han aplicado hasta ahora tan debatida atenuante, ha sido en extremo criticable. Se la tiene por establecida aun sin que existan antecedentes serios que la abonen, dando fe absoluta a informaciones testimoniales de favor y rutinarias. Hasta el mismo legislador ha perdido de vista el verdadero significado de la atenuante y ha permitido que ella pueda ser acreditada sin ninguna garantía procesal (art.51, inciso final del Código de Procedimiento Penal modificado por la Ley N° 7.836 de 1944). Con este procedimiento a nadie podría extrañar que en Chile se reconozca esta atenuante casi en favor de todo delincuente y como una regla general, desde que a nadie faltan dos personas de buena voluntad que se presten o ensalzar sus condiciones morales. Solamente cuando el individuo es reincidente o cuando accidentalmente brotan del proceso antecedentes que permitan conocer hechos inmorales graves que afecten al reo, se le llega a negar la atenuación.

De este modo, una circunstancia que el legislador estableció como premio al que tenía un mérito efectivo que exhibir, ha llegado a transformarse en el obligado beneficio que favorece a todo ciudadano no convicto de una conducta vituperable".

(27) Sin ir más lejos, la atenuante del art.11 N° 7 del Código Penal ha suscitado enorme discusión, tanto doctrinal como jurisdiccional, en lo que respecta a la procedencia o no de ésta, tratándose de los delitos de peligro.

(28) Novoa E., op.cit., pág.32.

Lo anterior llama aún más la atención, si tenemos presente que los tribunales no siempre adoptaron una posición similar. En efecto, puede decirse que hasta la década del 60, la interpretación que se le daba a la atenuante, estaba más cercana a la tesis de Novoa, esto es, de exigencia máxima.

Expuesta la posición adoptada por los tribunales en orden a acoger la atenuante sin mayores cuestionamientos, nos referiremos brevemente a distintas situaciones que se han planteado en los estrados, a fin de determinar la procedencia o no de la atenuante.

Primeramente, corresponde clarificar cual ha sido la postura jurisprudencial cuando se está ante una condena anterior. Concordante con lo expuesto, esto es, con la exigencia de un extracto carente de registros penales, los tribunales han sido muy renuentes a otorgar la atenuante, salvo contadas excepciones (29), si el procesado ha sido previamente condenado, aún tratándose de faltas y habiendo transcurrido largo tiempo desde su comisión. Incluso existen fallos que han negado la atenuante, por exhibir el procesado detenciones previas o autos de procesamiento, aún cuando no se hubiere dictado sentencia. Así también, se ha estimado su improcedencia, cuando se han aplicado medidas disciplinarias (30).

Mayor división plantean las condenas por simple ebriedad, pues existe jurisprudencia que sostiene, en todo caso las menos, que no constando el vicio de la embriaguez no puede estimarse al procesado como de mala conducta, otros consideran para ello, factores de índole social (31).

En lo que respecta a las buenas costumbres en materia sexual, también ha sido fuente de diversos fallos. Cabe considerar, como ya se señaló precedentemente, que aquellas sentencias que estiman improcedente la atenuante por haberse observado malas costumbres en esta materia, provienen principalmente de la primera mitad de este siglo. Al respecto, los tribunales apreciaban para este efecto, factores como, haber tenido relaciones sexuales fuera del matrimonio, el ser madre soltera, el haber cometido adulterio, y otras situaciones de similar índole.

Por último, cabe exponer los problemas que se plantean en aquellos casos en que tiene lugar el concurso real de delitos, puesto que, como se trata de hechos punibles que se van sucediendo en el tiempo y no media sentencia alguna, se estimaría procedente la atenuante sólo

(29) Etcheberry A., "El Derecho Penal en la Jurisprudencia", Tomo IV. Edit. Juríd., 1987, pág. 128.

(30) Gaceta Jurídica N° 43, 1984, pág. 74.

(31) Etcheberry A., op. cit. (30), Tomo I, pág. 371.

respecto del primer delito, no así en relación a los restantes. Existen fallos en ese sentido, pero la tendencia mayoritaria ha sostenido que *nada obsta para conceder la atenuante respecto de los otros delitos, si para los efectos del art.509 del Código de Procedimiento Penal, todos éstos se consideran como uno solo.*

Al respecto, conviene citar la opinión de Novoa (32) quien difiere de la sustentada por los tribunales, al sostener lo siguiente: "Hay fallos que estiman que el hecho de que el reo pruebe una irreprochable conducta anterior al primer delito, permite que se acoja la atenuante respecto de todos los delitos sucesivos sometidos a juzgamiento. Sin embargo, no nos cabe duda que otra ha de ser la solución correcta dentro de la ley. La responsabilidad penal es un efecto de la comisión de cada delito y es ella la que va a ser aminorada por la respectiva circunstancia atenuante. Si el reo pudo quedar beneficiado con ella por lo que se refiere a la responsabilidad proveniente del primero de los delitos que cometió, obvio es que no pudo gozarla en los delitos siguientes, desde que su condición de delincuente por aquel delito obstaba en éstos a que pudiera estimársele como sujeto de irreprochable conducta anterior a ellos. El argumento de que la pena por delitos reiterados puede ser una sola, si se aplica lo dispuesto en el art.509 del Código de Procedimiento Penal, en nada altera esta conclusión, porque aunque se aplique una pena única, ella se impone para sancionar las varias responsabilidades que deben esclarecerse separadamente. Sostener que el reo no puede ser tenido como delincuente mientras una sentencia firme no lo declare tal, es olvidar que justamente en la sentencia en que se promueva cuestión de esta especie hará de decidirse si el sujeto tuvo o no responsabilidad penal, bien que atenuada, en el primer delito; si la tuvo, su conducta que precedió a los delitos siguientes no tenía el carácter de irreprochable y esto queda resuelto en el mismo fallo en que se le juzga por estos últimos delitos".

5.- CONCLUSION.

Indudablemente la atenuante que nos ha ocupado ofrece problemas interpretativos mayores y que generalmente soslayamos. Quienes ejercemos, generalmente la invocamos sin entrar a un mayor análisis y nos sentimos satisfechos, dándola por acreditada, si el prontuario no indica alguna sanción previa y con la declaración de dos testigos, que generalmente sabemos todos, señalarán lo que sea necesario a fin de colaborar con su amigo.

(32) Novoa E., op.cit., pág.33.

En nuestro fuero íntimo, sabemos que la norma exige un razonamiento más riguroso y que para su configuración, no basta con los medios hoy en día aceptados. Pensar lo contrario, nos parece sería subestimar las intenciones del legislador y además, reducir la tarea interpretativa a una expresión mínima. De los tribunales se debe esperar una exigencia mayor, pues son éstos los que en definitiva garantizan a la ciudadanía una justicia administrada con equidad. La ley en abstracto no lo logra. Además, como señala Jiménez de Asúa (33), el juez, en su calidad de intérprete de la ley, debe conocer el derecho profundamente. Tanto la teoría como la dogmática del Derecho Penal han de ser dominadas por quien administre la justicia punitiva.

Nos parece que la interpretación actual, en cuanto a estimar el extracto de filiación sin antecedentes, como documento suficiente para acreditar una conducta irreprochable, parte de un predicamento erróneo. En efecto, dicho instrumento sólo refleja si el sujeto se ha hecho o no merecedor de un reproche penal. Esto es, el extracto sólo nos acredita si el sujeto realizó o no alguna de las conductas que recoge el Derecho Penal, tipificándolas como delito. Como todos sabemos, el ordenamiento jurídico penal, selecciona aquellos ilícitos, dentro de una gama amplia, que por ser portadores de un disvalor de acción intenso, los intimida con la aplicación de una pena de carácter penal.

De lo anterior se desprende que el legislador, realizando una función valorativa, elige aquellas conductas ilícitas más intolerables que pueden constituir un ataque a valores que han sido elevados a la categoría de bienes jurídicos fundamentales. Podríamos señalar en términos simples, que el legislador selecciona de entre aquellas conductas acreedoras de un reproche, las que estima por su profundo contenido disvalioso, como merecedoras de un reproche mayor, amenazándolas con una pena.

Teniendo presente lo anterior, cabe preguntarse si existiendo conductas que son ilícitas, y por consiguiente reprochables, podríamos estimarlas indignas de consideración, por el sólo hecho de no haber sido éstas incluidas en el ordenamiento penal. En otras palabras, es válido considerar al Código Penal o leyes especiales penales, como los únicos catálogos legítimos que nos señalen cuáles son las únicas conductas que pueden estimarse como reprobables. Concluir de esta manera nos parece grave, pues indudablemente se dejarían afuera numerosos actos que para todos merecen un reproche ético-social. No es posible estimar como únicos ejemplos de conducta reprochable, aquellos que recoge el Derecho Penal.

(33) Fontecilla Rafael, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo III, Edit. Jurídica, 1978, pág. 365.